

University of Groningen

Contract en boedelschuld tussen partijautonomie en paritas

Verstijlen, F.M.J.

Published in:
 Nederlands Juristenblad NJB

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2013

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Verstijlen, F. M. J. (2013). Contract en boedelschuld tussen partijautonomie en paritas. *Nederlands Juristenblad NJB*, 2013(30), 2130-2137. [1930].

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Contract en boedelschuld tussen partijautonomie en *paritas*

Frank Verstijlen¹

April 2013 was een vruchtbare maand voor het insolventierecht. In twee arresten omarmde de Hoge Raad een nieuw boedelschuld criterium, introduceerde hij een criterium voor faillissementsschulden en wierp hij een nieuw licht op de plaats van het contract binnen faillissement. De nieuwe koers is positief te waarderen, maar roept toch vragen – en ook wel bedenkingen – op. Leidt hij tot een consistent en hanteerbaar systeem, met een adequaat evenwicht tussen de belangen van contractspartijen en van de bij de boedel betrokken belangen, tussen partijautonomie en *paritas*?

Megapool

Op 12 april 2013 had de Hoge Raad te oordelen over de volgende casus.² Tussen Megapool B.V. en Laser Nederland B.V. ('Laser') bestaat een 'retail-overeenkomst', die inhoudt dat Laser financieringsdiensten aanbiedt. In verband met die overeenkomst biedt Megapool haar klanten de mogelijkheid producten te kopen, die pas na zes maanden hoeven te worden betaald. Laser voldoet de koopprijs (minus een 'transaction-fee') meteen aan Megapool; de klanten die na zes maanden nog niet betalen, sluiten een lening af bij Laser voor een periode van maximaal drie jaar. Megapool ontvangt in dat laatste geval een 'uitlooppromissie'.

In de 'retail-overeenkomst' is bepaald dat dit recht op promissie vervalt bij beëindiging van de overeenkomst, onder andere in gevallen waarin Megapool haar faillissement aanvraagt of in staat van faillissement wordt verklaard en vraagt van het haar toegekende beëindigingsrecht gebruik maakt. De 'retail-overeenkomst' wordt op die grond beëindigd met ingang van 5 april 2004. Op 8 april 2004 wordt Megapool in staat van faillissement verklaard.

De curatoren keren zich tegen het bedoelde vervalbeding, dat tot gevolg zou hebben dat de boedel een uitlooppromissie van naar (hun) schatting € 2 miljoen door de neus wordt geboord. Het zou nietig zijn wegens strijd met de openbare orde of goede zeden en een beroep erop zou naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.

De Hoge Raad oordeelt:

"Vooropgesteld wordt dat indien genoemd beding zo moet worden begrepen als de curatoren betogen, het een onaanvaardbare inbreuk kan opleveren op art. 20 Fw.

Dat beding doet dan immers het recht op een prestatie vervallen enkel en alleen vanwege het in staat van faillissement raken van de schuldeiser of een daarop gebaseerde opzegging, met als gevolg dat de wederpartij die de tegenprestatie daarvoor al heeft ontvangen, zijn eigen prestatie niet meer behoeft te verrichten.

Een dergelijk beding kan, afhankelijk van de context en de overige omstandigheden van het geval, nietig zijn wegens strijd met genoemd wetsartikel. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat een beroep op zo'n beding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is."

Dat klinkt veelbelovend voor de curatoren, maar zij blijven met lege handen achter omdat de uitlooppromissie – zo acht de Raad in het oordeel van het hof besloten – de tegenprestatie vormde voor prestaties en voordelen die door het faillissement van Megapool zijn weggevallen.

De Hoge Raad geeft dus een principiële regel, maar toepassing ervan komt in de feitelijke omstandigheden van het geval niet aan de orde.

Koot Beheer vs. Tideman q.q.

Een week later werd een arrest gewezen met een nieuwe (invulling van een) principiële regel, die wel tot toepassing komt.³ Hier is het een huurovereenkomst die centraal staat. Die huurovereenkomst wordt door de curator van de failliete huurder opgezegd op de voet van art. 39 Faillissementswet (Fw). Bij oplevering van het gehuurde blijkt van schade aan de buitengevel en deuren van het pand. Uit

art. 7:224 BW vloeit een verplichting tot schadevergoeding voort, maar vormt dit een boedelschuld, gegeven dat de schade dateert van vóór de faillietverklaring.

In een bestendige lijn van rechtspraak werd het ‘toedoen criterium’ gehanteerd, volgens hetwelk bepalend was of de betreffende schuld door toedoen van de curator was ontstaan. Zo bijvoorbeeld in *Circle Plastics*,⁴ waarin de aan ‘opleververplichting’ ex art. 7:224 BW verwante ‘ontzuimingsverplichting’ aan de orde was en met de conclusie dat die verplichting door de opzegging door de curator was ontstaan, ook was gegeven dat deze een boedelschuld opleverde. Onder verwijzing naar de aanhoudende kritiek op deze rechtspraak, gaat de Hoge Raad thans om.

Hij wijst erop dat in het systeem van art. 37 Fw de curator kan kiezen of hij een overeenkomst gestand doet en dat ingeval hij ervoor kiest dit niet te doen, de uit die overeenkomst voortvloeiende (schadevergoedings)vordering slechts ter verificatie kan worden ingediend. Bij huur- en arbeidsovereenkomsten kan de curator op de voet van art. 39 respectievelijk 40 Fw de overeenkomst opzeggen, in welk geval er slechts een gelimiteerde boedelschuld resteert.

Daarmee strookt niet, aldus de Hoge Raad, dat ingeval de curator ervoor kiest een huurovereenkomst niet uit te voeren de schadevergoedingsverplichting die dan kan ontstaan een boedelschuld oplevert, enkel omdat die verplichting door een rechtshandeling c.q. toedoen – zoals in casu de opzegging – ontstaat.

Kortom: exit het ‘toedoen criterium’ zoals dat tot dusver werd toegepast.

Wat is het nieuwe criterium? Een scherpe nieuwe regel wordt niet gegeven, maar de Hoge Raad overweegt dat op grond van de Faillissementswet boedelschulden zijn:

“die schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel hetzij ingeval de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.”

Dat is op zichzelf niet nieuw; vóór 19 april gold niet anders. Het belang van het arrest zit in de toepassing van deze criteria. Veelzeggend is dat de onderwerpelijke ‘opleververplichting’ géén boedelschuld oplevert, of die nu ontstaat door een opzegging door de curator of niet.

De Hoge Raad gaat niet alleen in op het criterium voor boedelschulden, maar geeft ook een criterium voor in het faillissement in te dienen vorderingen (of vanuit de positie van de boedel beschouwd: faillissementsschulden). Is sprake van een ten tijde van het faillissement bestaande rechtsverhouding en leveren de daaruit voortvloeiende

vorderingen geen boedelschulden op, dan gelden zij als faillissementsschulden, ook als zij pas tijdens het faillissement ontstaan.

Partijautonomie vs. *paritas*

In beide arresten staat een contract centraal, meer precies de positie van een contractspartij in een faillissement van de wederpartij. In zo’n situatie botsen verschillende beginselen van privaatrecht. Aan de ene kant is dat het beginsel van de contractsvrijheid of meer in zijn algemeenheid de partijautonomie.⁵ De partijen zijn vrij hun onderlinge rechtsverhouding naar eigen believen in te richten en autonoom in de uitoefening van hun rechten. Aan de andere kant staat de *paritas creditorum*, maar ook, zo toont *Megapool*, het daaraan verwante beginsel dat een schuldenaar met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden.⁶ Is de wederpartij failliet dan vindt de andere partij niet langer slechts die wederpartij tegenover zich maar de curator en ‘via hem’ de gezamenlijke schuldeisers. De wederpartij blijkt dan veelal – niets steeds – een schuldeiser tussen schuldeisers.

Langs welke lijnen wordt deze botsing van beginselen afgewikkeld?

Langs welke lijnen wordt deze botsing van beginselen afgewikkeld?

In eerste instantie prevaleert het contractenrecht, zo lijkt het. De overeenkomst wordt door het faillissement niet geraakt; de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen worden er niet door gewijzigd. Dat was de bedoeling van de minister van Justitie in 1890⁷ en is tot op de dag van vandaag vaste rechtspraak;⁸ in *Koot Beheer vs. Tideman q.q.* wordt uitdrukkelijk aan deze regel gerefereerd.

Maar deze ‘continuïteit van het contract’ heeft minder praktisch belang dan op het eerste gezicht lijkt, omdat het faillissement het contract en de daaruit voortvloeiende verbintenissen weliswaar in beginsel ongemoeid laat maar een veelheid van regels verbeterst voor het verhaal van die verbintenissen c.q. vorderingen. De contractspartij zal er weinig voordeel van hebben dat zijn verbintenis in stand blijft, waar de betreffende vordering in het faillissement moet worden ingediend – en hem gemiddeld vier cent op de euro oplevert⁹ – of überhaupt niet-verifieerbaar is.

Bovendien breekt het faillissementsrecht ook inhoudelijk in op de contractsvrijheid. De belangen van de schuldeisers maken dat sommige bedingen niet aan

Auteur

1. Prof. mr. F.M.J. Verstijlen is hoogleraar Privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en medewerker van dit blad.

Noten

2. HR 12 april 2013, *LJN* BY9087, *NJ*

2013/224. Een deel van de feiten ontleen ik aan Rb. Amsterdam 22 april 2009, *JOR* 2010/46, het vonnis in eerste aanleg.

3. HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291.

4. HR 18 juni 2004, *NJ* 2004/617.

5. Zie F.M.J. Verstijlen, De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillisse-

ment, preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, 2006, p. 94-96 met verdere verwijzingen.

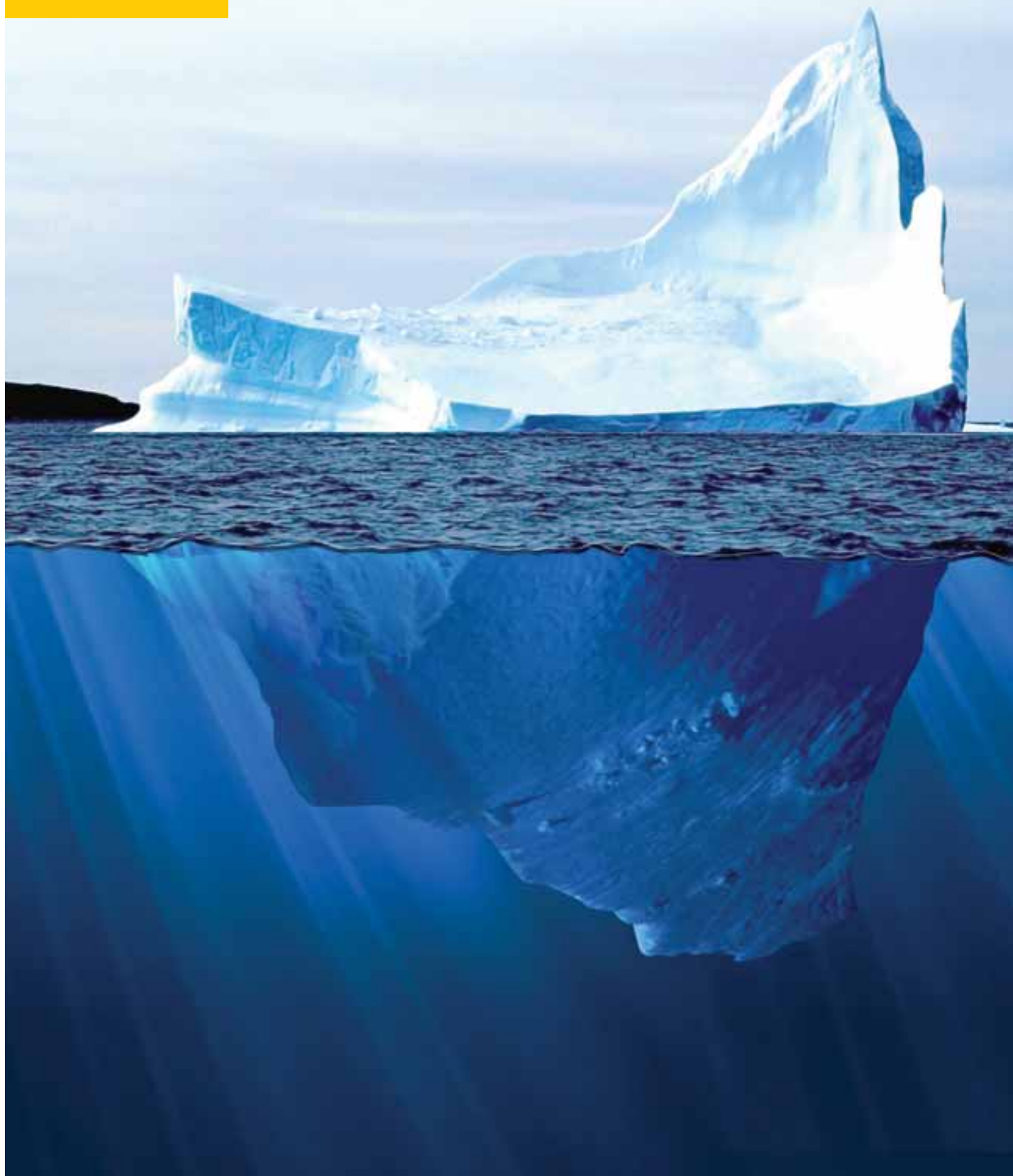
6. Een neerslag daarvan vormen art. 3:277 respectievelijk 276 BW.

7. Van der Feltz II, p. 409.

8. Zie onder meer HR 13 mei 2005, *NJ*

2005/406 (*BaByXL*), HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155 (*Nebula*) en HR 14 januari 2011, *NJ* 2011/114 (*Aukema q.q. vs. Uni-Invest*).

9. <http://statline.cbs.nl/StatWeb/publicati-on>.



de schuldeisers kunnen worden tegengeworpen of zelfs nietig zijn.

Hieronder ga ik eerst in op de kwalificatie van uit het contract voortvloeiende verbintenissen, als achtereenvolgens boedelschulden, faillissementsschulden of niet-verifieerbare vorderingen. Vervolgens behandel ik de situatie waarin überhaupt geen vorderingen geldend kunnen worden gemaakt.

Het nieuwe boedelschuld criterium

Het toedoen criterium zoals dat tot voorheen door de Hoge Raad werd ingevuld, werd in de literatuur breed bekritiseerd.¹⁰ Het bezwaar was vooral dat het de boedel zonder goede reden belastte met te veel boedelschulden waardoor niets of te weinig resteerde voor faillissements-schuldeisers. Er bestond evenwel geen consensus over een

alternatief.¹¹ Zo ongeveer elke schrijver had een eigen alternatief, van de twee varianten van het criterium van de 'relevante pre- en postfaillietverklaringsrechtsfeiten' van Van Galen en Boekraad,¹² het 'nut-en-noodzaak-criterium' van Wessels,¹³ tot het '(on)behoorlijke-taakvervullings-criterium' van Van Eeghen.¹⁴

De Hoge Raad kiest niet voor een van deze criteria, maar schept een eigen kader waarbinnen verschillende gezichtspunten naar voren kunnen komen, ook die welke binnen de eerder voorgestelde criteria een rol spelen. Dat kader is driedig: boedelschulden ontstaan 1. ingevolge de wet, 2. omdat schulden door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, of 3. als gevolg van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.

Wettelijke boedelschulden

Over categorie 1. kan ik kort zijn. Geen probleem bestaat indien de wet een bepaalde schuld uitdrukkelijk tot boedelschuld maakt, zoals geschiedt in art. 24, 39 en 40 Fw.¹⁵ De ruimte voor 'impliciete wettelijke boedelschulden' is gering.¹⁶

Door de curator aangegane boedelschulden

De Hoge Raad licht toe dat onder 'het aangaan van een schuld' is te verstaan "dat de curator deze schuld op zich neemt bij een rechtshandeling, doordat zijn wil daarop is gericht (art. 3:33 en 35 BW)". Dit is vermoedelijk bedoeld als een inperking. Indien de curator met een rechtshandeling 'willens' een schuld op zich neemt, levert dat – het zal niemand verbazen – een boedelschuld op. Maar als die rechtshandeling het 'triggering event' is voor het ontstaan van een andere 'ongewilde' schuld, ligt dat genuanceerder. Onder het oude regime, was met de enkele constatering dat door die rechtshandeling een schuld was ontstaan, een boedelschuld gegeven, zelfs al kon de curator er niet omheen die rechtshandeling te verrichten. Zo kan de curator in de regel niet vermijden boedelbestanddelen te vervreemden en werknemers te ontslaan. Maar indien door die rechtshandelingen een desinvesteringsverplichting respectievelijk affinancieringsverplichting ontstond, leverde dat een boedelschuld op.¹⁷ Dergelijke 'nevenverplichtingen' vallen – denkkelijk – als verplichtingen 'waar de wil van de curator niet op is gericht', niet onder door hem 'aangegane' schulden. Of deze verplichtingen een boedelschuld opleveren, is daarmee afhankelijk van criterium 3.

Het trekken van de precieze grens zal, zo schat ik in, nog niet meevallen. Vooreerst kan de wil van de curator niet allesbepalend zijn;¹⁸ alleen al omdat de Hoge Raad niet alleen verwijst naar art. 3:33 BW (over de rechtshandeling, met de wil als centraal element), maar ook naar art. 3:35 BW, waarin het vertrouwensbeginsel is neergelegd. Ook waar de wil van de curator ontbreekt, kan door hem opgewekt vertrouwen nopen tot het aannemen van een boedelschuld.

Ik zie ook geen rechtvaardiging voor een al te grote rol van de wil van de curator. Het gaat niet alleen om wat de curator 'wil', maar ook om wat hij 'moet willen'. Art. 3:33 BW stelt dat '[e]en rechtshandeling [...] een op een rechtsgevolg gerichte wil [vereist,] die zich door een verklaring heeft geopenbaard'. Het uitgangspunt dient te zijn, dat met de constatering dat de curator 'willens' een rechtshandeling heeft verricht, hij de rechtsgevolgen van die rechtshandeling moet accepteren; de wederpartij zal er ook op mogen vertrouwen dat hij deze gevolgen accepteert. De curator kan niet de hem welgevallige rechtsgevolgen aanvaarden en voor de daaraan verbonden lasten naar de verificatiever-

De curator kan niet de hem welgevallige rechtsgevolgen aanvaarden en voor de daaraan verbonden lasten naar de verificatievergadering verwijzen

gadering verwijzen. Indien de curator bijvoorbeeld een zaak verkoopt, moet hij ex art. 7:19 BW instaan voor de bijzondere lasten waarvan hij weet dat die op de zaak rusten, ook al is zijn wil daar niet op gericht. Van de andere kant beschouwd, mag een wederpartij bij een koop erop vertrouwen dat de curator de uit de kooptitel voortvloeiende verplichtingen 'wil'. Schiet de curator tekort in de nakoming, dan levert de daaruit voortvloeiende (schadevergoedings) vordering een boedelschuld op, ook al 'wil' hij dit niet. Levert hij de zaak, dan kan hij niet de daaruit voortvloeiende omzetbelastingsschuld 'weg willen'.

De wil van de curator is weinig geschikt om de grens te trekken tussen aan een rechtshandeling verbonden verplichtingen die de curator 'mag geacht worden te willen' en overige als gevolg van die rechtshandeling ontstane '(neven)verplichtingen' die niet als boedelschuld hoeven te worden aanvaard. Afbakeningsproblemen doemen op. Want was bijvoorbeeld de affinancieringsverplichting niet evenzeer een voorzienbaar rechtsgevolg verbonden aan de rechtshandeling 'opzegging van een arbeidsovereenkomst'?

Het zal aankomen op de aard van de betreffende verplichting. De omstandigheid dat de toenmalige desinvesterings- en affinancieringsverplichting juridische constructen waren die moesten bewerkstelligen dat reeds ontvangen WIR-premies werden terugbetaald respectievelijk reeds opgebouwde pensioenrechten werden gewaarborgd – zonder indicatie dat die constructie is gekozen om die verplichtingen in faillissement als boedelschuld te laten kwalificeren – maakt dat de curator deze verplichtingen die door het verrichten van een rechtshandeling werden 'getriggered' niet als boedelschuld hoeft te aanvaarden.¹⁹

De afweging die aldus in het kader van criterium 2, moet worden gemaakt, verschilt mijns inziens niet wezenlijk van die waartoe criterium 3, noopt.

Handelen in strijd met een door de curator in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting

Dit derde criterium is potentieel het meest uitgebreide, nu de Hoge Raad de door de curator aangegane verplichtingen

10. Zie onder 2.7.1 e.v. van de conclusie van AG M.H. Wissink.

11. Zoals A.-G. Keus (onder 2.8) in zijn conclusie voor *Circle Plastics* al constateerde.

12. R.J. van Galen, 'Drie typen schulden bij faillissement', *WPNR* 6225 (1996), p. 392-297 en 6226 (1996), p. 412-417 en G.A.J. Boekraad, *Afwikkeling van de faillisse-*

mentsboedel, diss. 1997, p. 52 e.v.

13. Wessels *Insolventierecht* VII, 2010, par. 7107-7116.

14. L.J. van Eeghen, 'Boedelverontreiniging', *Tvl* 1999, p. 194-204.

15. A.J. Tekstra, Drie soorten boedelschulden in faillissement, *FIP* 2013, p. 129 en W.J.M. van Andel en T.T. van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedel-

schulden', *Tvl* 2013/26, § 5, wijzen erop dat ook een andere wet dan de Faillissementswet een schuld als boedelschuld kan aanmerken en verwijzen naar art. 17 Wet griffierechten burgerlijke zaken.

16. Vergelijk HR 24 juni 2005, *NJ* 2005/382 (*DecideWise*) en HR 9 december 2005, *NJ* 2006/174 (*Landis*).

17. Zie HR 28 september 1990, *NJ*

1981/305 (*De Ranitz q.q. vs. Ontvanger*) respectievelijk HR 12 november 1993, *NJ* 1994/229 (*Affinancieringsarrest*).

18. Ook W.J.M. van Andel en T.T. van Zanten, t.a.p., *Tvl* 2013/26, § 5 relativeren de rol van de wil van de curator.

19. Zie F.M.J. Verstijlen en A.A.J. Smelt, 'Boedelschulden in het voorontwerp Insolventiewet', *Tvl* 2008/2, nr. 15, p. 95-96.

door de verwijzing naar de wil van de curator heeft willen inperken. Men dient zich steeds de vraag te stellen of een bepaalde schuld is ontstaan door een handelen – of beter: ‘gedraging’, omdat het ook een nalaten kan betreffen – in strijd met een door de curator in diens hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. De crux is natuurlijk te bepalen welke verbintenissen of verplichtingen dat zijn. Daarvoor geeft de Hoge Raad geen nadere criteria, maar wel enige verheldering met een aantal voorbeelden.

Zo kwalificeert de opleververplichting uit *Koot Beheer vs. Tideman q.q.* niet als een boedelschuld, ook niet ingeval die ontstaat door een opzegging door de curator. En waar de Hoge Raad in r.o.o. 3.8 aangeeft dat hij terugkomt van het ‘toedocriterium’ geformuleerd in *De Ranitz q.q. vs. Ontvanger* en het *Affinancieringsarrest*, ligt het voor de hand dat de daar aan de orde zijnde – inmiddels achterhaalde – fiscale respectievelijke pensioenrechtelijke regelgeving onder het huidige regime niet meer tot een boedelschuld zou leiden. Dat lijkt mij terecht, omdat in al deze gevallen, zoals gezegd, de betreffende verplichtingen technisch-juridische constructies waren om de (terug)betaling van in het verleden ontvangen prestaties of opgebouwde aanspraken te bewerkstelligen.

Men kan daaruit natuurlijk niet de conclusie trekken dat fiscale of pensioenrechtelijke regelgeving nimmer tot een boedelschuld leidt. Indien de curator een goed of dienst levert waarmee aan de eisen van aan art. 1 Wet op de omzetbelasting 1968 wordt voldaan, leidt dat tot een omzetbelastingboedelschuld. Draagt een door hem verrichte transactie bij aan het ontstaan van belastbare winst als bedoeld in art. 7 Wet op de vennootschapsbelasting 1969 dan kan dat leiden tot een vennootschapsbelastingboedelschuld.²⁰

Helemaal gelukkig passen deze verplichtingen niet in het driedelige criterium. Want kan men zeggen dat de curator aldus een belastingschuld in het leven roept, handelt ‘in strijd met’ een door hem na te leven verbintenis of verplichting?²¹ Het gaat er veeleer om dat hij een gedraging stelt waaraan een voor hem in zijn hoedanigheid geldende regel het ontstaan van een schuld koppelt.

De verhouding tussen *Circle Plastics* en het huidige criterium is genuanceerd. Dit is een van de arresten waarin het thans verworpen toedocriterium werd toegepast, maar de Hoge Raad merkt op dat de ontruimingsverplichting ook onder het nieuwe regime een boedelschuld kan zijn, want ‘de gewezen verhuurder [kan] uit hoofde van zijn recht op het gehuurde verlangen dat de curator tot de boedel behorende zaken uit het gehuurde verwijderd’. De enkele constatering dat de ontruimingsverplichting is ontstaan door toedoen van de curator, is evenwel niet meer voldoende. Het is – zo blijkt uit de verwijzing van de Hoge Raad naar *Smit vs. Van Hees q.q.*²² – de eigendom van de verhuurder, die een boedelschuld kan rechtvaardigen. Indien de curator boedelbestanddelen op of in het aan de verhuurder toebehorende gehuurde laat, vormt dat een inbreuk op diens eigendomsrecht, dat, als absoluut recht, ook door de curator moet worden gerespecteerd. Dat is kortom een verplichting die op de curator in diens hoedanigheid rust. Zij kan door de eigenaar worden afgedwongen met de zogenaamde *actio negatoria* op grond van art. 3:296 BW en het handelen in strijd met die verplichting kan leiden tot een boedelschuld op grond

van onrechtmatige daad.²³ Hier is dus een boedelschuld die ontstaat door een *nalaten* van de curator.

Het is overigens de vraag of de eigendom een noodzakelijk element is. Immers, op de curator rust ook de verplichting niet te handelen in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt. Indien de verhuurder géén eigenaar van het gehuurde is, maar bijvoorbeeld zelf huurder is of economisch eigenaar, lijkt het mij nog steeds in strijd met die zorgvuldigheid dat de curator de tot de boedel behorende zaken in het gehuurde achterlaat en daarmee de daaraan verbonden lasten bij de (voormalige) verhuurder laat.²⁴

In dezelfde sfeer levert de milieuwetgeving tal van verplichtingen die de curator in diens hoedanigheid moet naleven. Dat is inmiddels vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak.²⁵ De consequentie is dat schending van deze verplichtingen volgens criterium 3. – naar ik meen terecht – tot een boedelschuld kunnen leiden wanneer het bevoegd gezag handhavend optreedt, ook indien de feitelijke toestand die de overtredingen oplevert al vóór de faillietverklaring is geschapen.²⁶

Kortom, er blijven genoeg gevallen waarin ellende van vóór het faillissement ‘overerft’ op de curator.

Meer in het bijzonder: de door de curator na te leven verbintenis

Tot dusver ging het vooral over door de curator na te leven ‘verplichtingen’, maar ook door hem na te leven verbintenissen kunnen boedelschulden opleveren. Waar moeten we aan denken? Een voor de hand liggend voorbeeld is de verbintenis voortvloeiend uit een contract dat hij op de voet van art. 37 Fw gestand doet. Daarmee heeft hij immers de verplichtingen uit dat contract aanvaard, ‘opgetild’ tot boedelschuld. Hetzelfde geldt voor (andere) schul-

Er blijven genoeg gevallen waarin ellende van vóór het faillissement ‘overerft’ op de curator

den die door de curator worden ‘aangegaan’ op de voet van criterium 2. Daar zou het ook wel zo ongeveer moeten ophouden. Verbintenissen die vóór de faillietverklaring door de schuldenaar zijn ‘aangegaan’, gaan niet automatisch over op de curator, in die zin dat de nakoming van de curator kan worden afgedwongen.²⁷ De kern van de analyse uit *Koot Beheer vs. Tideman q.q.* is dat de curator een keuzerecht heeft of hij een contract met de daaruit voortvloeiende verbintenissen aanvaardt.

De Hoge Raad lijkt evenwel verder te gaan. Volgens r.o. 3.7.3 ‘verdient opmerking’ dat uit het uitgangspunt dat het faillissement geen invloed op de overeenkomst heeft, volgt dat de curator niet bevoegd is een overeenkomst op te zeggen, tenzij de overeenkomst of de wet hem daartoe bevoegd maakt. Zegt de curator onbevoegdlijk op ‘dan is

Dit staartje van *Koot Beheer vs. Tideman q.q.*, wordt pas echt schadelijk indien de Hoge Raad dezelfde redenering naar andere gevallen zou doortrekken

de verplichting tot vergoeding van de daaruit voortvloeiende schade een boedelschuld, omdat hij dan in strijd handelt met een door hem na te leven verbintenis'. Hetzelfde geldt indien hij wel bevoegd is tot opzegging maar alleen tegen betaling van schadevergoeding of schadeloosstelling.

Daargelaten dat een onbevoegd gedane opzegging in de regel geen strijd met een verbintenis oplevert – tenzij een partij een verbintenis op zich heeft genomen om niet op te zeggen – dient de sanctie op het niet-naleven van een door de schuldenaar in het leven geroepen verbintenis niet het ontstaan van een boedelschuld te zijn. Men bedenke dat elke faillissementsschuld (de passiefzijde van) een verbintenis is en dat de curator – uitzonderingen daargelaten – ten aanzien van al die verbintenissen wanpresteert. Volgens de hoofdregel, die de Hoge Raad nota bene als bouwsteen voor zijn motivering gebruikt, resteert ingeval de curator ervoor kiest een overeenkomst niet uit te voeren, voor de wederpartij hooguit een in het faillissement in te dienen vordering, ofwel omdat de oorspronkelijke vordering wordt ingediend, ofwel de schadevergoedingsvordering. Niet valt in te zien dat iets anders zou gelden voor de situatie dat 'een verbintenis tot niet-opzegging' wordt geschonden; of indien een overeenkomst aan een opzegging het ontstaan van een vordering koppelt.²⁸

Dit deel van de beslissing (in r.o. 3.7.3) laat zich kortom moeilijk verenigen met de analyse van het systeem van wederkerige overeenkomsten eerder in het arrest (r.o. 3.6.1-3.6.3).

Op zichzelf hoeft de curator daar niet zoveel last van te hebben, omdat de curator die ervoor kiest een overeenkomst niet verder uit te voeren, simpelweg kan volstaan met te wanpresteren, waarmee de bal in het speelveld van de wederpartij is. Ontbindt zij en/of vordert zij wanprestatie, dan levert dat hooguit een in het faillissement in te dienen vordering op. Dit staartje van *Koot Beheer vs. Tideman q.q.*, wordt pas echt schadelijk indien de Hoge Raad dezelfde redenering naar andere gevallen zou doortrek-

ken, bijvoorbeeld naar de door de schuldenaar overeengekomen verplichting een boete te betalen voor elke dag nadat een aangenomen werk niet op tijd is opgeleverd.

Het criterium voor faillissementsschulden

Sommige schulden die voorheen als boedelschulden golden, zijn dat nu niet meer. De Hoge Raad zag zich daarom in *Koot Beheer vs. Tideman q.q.* genoopt in te gaan op de huidige status daarvan. Het gaat om vorderingen die na de faillietverklaring ontstaan, niet zijnde boedelschulden, en daarom volgens de tot dusver heersende leer niet verifieerbaar zouden zijn. Het zou nogal een 'reversal of fortune' zijn indien deze vorderingen van de ene dag op de andere van de hoogste categorie van vorderingen naar de laagste zouden zijn overgeheveld.²⁹ Dat wil er bij de Hoge Raad kennelijk niet in. Volgens r.o. 3.7.2 kan ook waar de vordering na de faillietverklaring – ik zou met het oog op art. 23 Fw zeggen: het begin van de dag der faillietverklaring – ontstaat uit een voordien reeds bestaande rechtsverhouding, deze in het faillissement worden ingediend.

De motivering heeft weinig overtuigende kracht. Verwezen wordt naar art. 37 en 37a Fw, maar dit eerste artikel zegt niets (meer) over de verifieerbaarheid van vorderingen, terwijl het tweede artikel juist is ingevoerd omdat de wetgever betwijfelde of vorderingen die na (het begin van de dag van) de faillietverklaring ontstonden, zouden kunnen worden geverifieerd.³⁰ Blijft over een verwijzing naar de toelichting op art. 37 Fw. Gedoeld wordt vermoedelijk op deze passage:

"Zeer zeker zal hij zijnerzijds niet behoeven te praesteeën, zoolang de curator zich niet bereid verklaart de verplichtingen des gefailleerden ten volle te vervullen, zal men nimmer kunnen beweren dat hij verplicht zoude zijn zijne verbintenis na te komen om dan voor de contrapraestatatie des gefailleerden eene concurrente vordering tegen den boedel te verkrijgen, maar

20. Het kwalificeren van fiscale verplichtingen als al dan niet-verifieerbare vorderingen of boedelschulden valt nog niet mee, met name bij tijdvakbelastingen. Zie M.H.M. van Oers en F.M.J. Verstijlen, Van fiscale continuïteit en faillissementsrechtelijke fixatie, in: P.H.J. Essers e.a. (red.), *Verkenningen op de grens van burgerlijk recht en belastingrecht*, 2000, p. 261-280.

21. Vergelijk A.J. Tekstra, t.a.p., *FIP* 2013, p. 129-130, die deze gevallen onder de tweede categorie zou willen brengen.

22. HR 9 juni 2006, *NJ* 2007/21, waarin werd overwogen dat de voormalige ver-

huurder 'als eigenaar van de bedrijfspanden van de curator (kon) verlangen dat deze de tot de boedel behorende zaken daaruit zou verwijderen'.

23. Zie A.A.J. Smelt, noot onder *Circle Plastics* in *NTBR* 2004/8, p. 404-407 en dezelfde, *Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht*, diss. 2006, p. 117-122. Zie over goederenrechtelijke rechtsverhoudingen in relatie tot het nieuwe boedelschuld criterium uitgebreider W.J.M. van Andel en T.T. van Zanten, t.a.p., *Tvl* 2013/26, § 5.

24. Zo ook J.K. Six-Hummel in haar noot

onder *Koot Beheer vs. Tideman q.q.* in *WR* 2013/66. Vergelijk Hof 's-Hertogenbosch 17 juli 2001, *JOR* 2001/266 (*Provag*).

25. Zie ABRvS 11 juli 1997, *AB* 1998/268 (*Alvat*), ABRvS 9 mei 2007, *AB* 2008/132, (ADF) en ABRvS 13 februari 2013, *AB* 2013/95 (*Dutch Infra Tech B.V.*).

26. Zo ook W.J.M. van Andel en T.T. van Zanten, t.a.p., *Tvl* 2013/26, § 5.

27. Zie het al genoemde HR 9 juni 2006, *NJ* 2007/21 (*Smit vs. Van Hees q.q.*).

28. Zie W.J.M. van Andel en T.T. van Zanten, t.a.p., *Tvl* 2013/26, § 4, alwaar wordt uiteengezet dat voor de verificatie van de

laatste vordering voor zover die niet onder art. 37a Fw valt, de nodige hobbels moeten worden genomen en vergelijk G.A.J. Boekraad in zijn noot onder *Koot Beheer vs. Tideman q.q.* in *JOR* 2013/224.

29. Dit was voor A-G Keus (onder 2.8) in zijn conclusie voor *Circle Plastics* een argument tegen het verlaten van het toedoen-criterium.

30. Zie MvT, *Kamerstukken II* 1980/81, 16 593, nr. 3, p. 144.

desniettemin zal hij al het nadeel daarvan ondervinden, dat hij niet a priori weet, wat de curator op den dag der vervulling zal doen, of deze zal nakomen, dan wel het in het belang van den boedel achten om in gebreke te blijven, en zich bloot te stellen aan eene ontbindings- of schadevergoedingsactie, welke laatste de mede-contractant niet anders dan als concurrent schuldeischer zal kunnen doen gelden.”³¹

Dat de wetgever iets heeft willen zeggen over de verifieerbaarheid van vorderingen die na de faillietverklaring ontstaan uit een reeds bestaande rechtsverhouding is alleen al onwaarschijnlijk omdat volgens het criterium dat in die dagen tot ontwikkeling kwam een rechtsverhouding al voldoende was om een vordering te constitueren.³² Ik lees in de passage geen bewuste standpuntbepaling over de verifieerbaarheid van vorderingen of afwijking van de eveneens in de memorie van toelichting verwoorde idee dat “(d)e

Het instrumentarium van de curator is met het arrest verrijkt

schuldeischers concurreeren in het faillissement voor het bedrag dat zij op het oogenblik der faillietverklaring te vorderen hebben; de dag der faillietverklaring fixeert hunnen rechten.”³³ Deze passage werd betrokken op de bepalingen over de verificatie in art. 128-131, maar deze idee heeft een ruimere strekking. Het faillissement heeft, zoals het kort na de inwerkingtreding van de Faillissementswet werd uitgedrukt, het karakter van “een gerechtelijk algemeen beslag op des schuldenaars vermogen (...) met de strekking om dit vermogen te doen dienen tot verzekering der aanspraken van alle schuldeisers tijdens den aanvang van het faillissement: *zulks naar mate van de gesteldheid dier aanspraken op gezegd oogenblik* (cursivering FMJV)”.³⁴ Later is men gaan spreken van het ‘fixatiebeginsel’, dat mede is neergelegd in art. 24 Fw volgens hetwelk, ‘(v)oor verbintenissen van de schuldenaar, na de faillietverklaring ontstaan, (...) de boedel niet aansprakelijk (is) dan voorzover deze ten gevolge daarvan is gebaat’.

Men bedenke voorts dat de toenmalige tekst van art. 37 aan een niet-gestandoening door de curator van rechtswege een ontbinding koppelde onder bepaling dat de wederpartij voor schadevergoeding als concurrent schuldeiser kon opkomen; het citaat deed dus weinig meer dan de tekst van de (voorgestelde) wet herhalen.

Hiermee is niet gezegd dat er geen rechtvaardiging is voor de thans gegeven regel. Waar het fixatiebeginsel ertoe strekt de boedel aan de invloed van (onder meer) de schuldenaar en diens schuldeisers te onttrekken,³⁵ valt er iets voor te zeggen dat een vordering die zonder nadere inmening voortvloeit uit een reeds vóór de dag van faillietverklaring in het leven geroepen rechtsverhouding in het faillissement kan meelopen. Het spreekt aan dat degene die al in

een rechtsbetrekking met de schuldenaar is komen te staan op het moment dat deze nog volledig rechtsbevoegd was, niet met lege handen staat wanneer uit die rechtsbetrekking een vordering voortvloeit. Daarvoor spreekt ook dat er weinig reden is te denken dat de wijziging van het ontstaanscriterium in de jaren tachtig van de vorige eeuw gepaard ging met een gewijzigde opvatting over de belangen van de schuldeiser met een vordering die voorheen als reeds bestaand gold ten opzichte van de overige schuldeisers. Men behoeft bij dit alles overigens niet slechts te denken aan overeenkomsten, maar ook bijvoorbeeld aan een door de schuldenaar gepleegde onrechtmatige daad die na (het begin van de dag van) de faillietverklaring tot schade leidt.³⁶

Wel komt het mij voor dat dit criterium ‘fine-tuning’ behoeft. Het fixatiebeginsel komt wel degelijk in het geding indien vorderingen die ontstaan doordat de wederpartij verdere uitvoering geeft aan een overeenkomst die de curator geen gestand doet, in het faillissement zouden kunnen meedelen.³⁷ Een wederpartij die op grond van een overeenkomst online advertenties plaatst, behoort het niet in zijn macht te hebben om door de advertenties (tegen te verwaarlozen kosten) te blijven plaatsen, een verifieerbare vordering te creëren en op die manier buiten de curator om waarde aan de boedel te onttrekken. Hetzelfde geldt voor ‘aansporingsboetes’ die na de faillietverklaring vervallen doordat de curator een overeenkomst niet gestand doet. Slechts vorderingen ter zake van een ontbinding of vernietiging of tot schadevergoeding van een vóór de faillietverklaring verkregen vordering zijn volgens art. 37a Fw verifieerbaar. Deze aansporingsboetes behoren daar niet toe.³⁸

Waar ligt de grens?

Nu de dag van faillietverklaring niet het moment blijkt te markeren vanaf waar nieuw ontstane vorderingen kunnen meedelen in het faillissement, is het de vraag waar dan wel de grens ligt. Een grens zal er wel moeten zijn. Een logische grens is het moment waarop de vorderingen ter verificatie moeten worden ingediend.³⁹ Een vordering die dan nog niet bestaat maar nog slechts wordt verwacht, kan bezwaarlijk worden ingediend. Toch is het billijker dat ingeval de vordering nadien ontstaat, nog wel verzet tegen de uitdelingslijst kan worden ingesteld. Maar dat sommige schuldeisers hun vorderingen slechts geverifieerd kunnen krijgen door verzet tegen de uitdelingslijst in te stellen, komt de proceseconomie niet ten goede.

Inhoudelijk ingrijpen in de overeenkomst

Koot Beheer vs. Tideman q.q. laat de hoofdregel dat het faillissement de overeenkomst niet raakt, onverlet en betreft slechts de kwalificatie van uit een overeenkomst voortvloeiende verbintenissen. Het verlegt de grenzen tussen boedelschulden, faillissementsschulden en niet-verifieerbare vorderingen, maar grijpt in die overeenkomst zelf niet in.

Dat is anders in *Megapool*. Dit arrest stelt grenzen aan wat partijen kunnen overeenkomen. Een beding dat ‘enkel en alleen’ vanwege het faillissement of een daarop gebaseerde opzegging het recht op een prestatie van een schuldenaar doet vervallen, kan nietig zijn wegens strijd met art. 20 Fw. Dat artikel omschrijft kennelijk niet slechts wat in de boedel zit, maar geeft ook regels voor wat in de boedel behoort te zitten. Dat is nieuw. Overtreding van die regels kan leiden tot

nietigheid wegens strijd met de wet of – een aannemelijker lezing van het arrest – de goede zeden of de openbare orde. Óf sprake is van nietigheid is ‘afhankelijk van de context en de overige omstandigheden van het geval’. Ik kan me niet meteen een voorstelling maken van een geval waarin een beding dat ‘enkel en alleen’ vanwege een faillissement een bate aan het vermogen van de schuldenaar onttrekt door de beugel kan, maar de Hoge Raad ziet daarvoor kennelijk wel ruimte. Voor die gevallen heeft de Hoge Raad een alternatief: een beroep op het beding kan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.

Het instrumentarium van de curator is met het arrest verrijkt. Ook in gevallen waarin de faillissementspauliana geen soelaas biedt tegen een overeenkomst met daarin een beding waarin de schuldenaar slechts voor het geval van zijn faillissement waarde aan anderen toespeelt – bijvoorbeeld omdat de overeenkomst is gesloten op een moment dat het faillissement nog niet in zicht is⁴⁰ – kan de curator een beroep doen op nietigheid of de redelijkheid en de billijkheid.

Wat dit nieuwe instrument waard is, moet nog blijken. In het onderhavige geval faalde het. Het hof had geoordeeld dat de provisieordering waar het onderwerpelijke beding een streep doorheen zette mede de tegenprestatie vormde voor de rol die Megapool in het arrangement speelde en dat Laser door het faillissement van Megapool schade leed. De Hoge Raad sauverteerde het oordeel van het hof dat het beding door de beugel kon, waarbij hij eraan refereerde dat het beding niet slechts werkte in een faillissement maar bij elk einde van een overeenkomst. Dat laatste is inderdaad een relevante omstandigheid, omdat de schuldenaar dan niet slechts ‘geld van de schuldeisers’ weggeeft maar ook zelf een offer brengt.⁴¹

Toch zou ik ervoor willen pleiten dat een beding dat het vervallen van een recht of de verschuldigdheid van een boete koppelt aan een faillissement niet door de beugel kan, ook niet als zo’n zelfde sanctie aan andere omstandigheden is gekoppeld. Het faillissement als zodanig veroorzaakt geen schade, juist omdat het de overeenkomst niet raakt. Indien de curator de betreffende overeenkomst gestand doet, bijvoorbeeld in het kader van een doorstart, vind ik het onoirbaar dat de wederpartij het faillissement aangrijpt om zich met een beroep op een beding als het onderhavige van een prestatieplicht te ontdoen, ook wanneer zo’n beding niet ‘enkel en alleen’ in een faillissement werkt maar ook in geval van (bijvoorbeeld) wanprestatie van de wederpartij.

Illustratief is *BaByXL*,⁴² waarin een beding aan de orde was volgens hetwelk een verhuurder het recht had de overeenkomst te ontbinden ‘indien zich naar het oordeel van verhuurder omstandigheden voordoen die haar

verhaalsmogelijkheden op huurder in ernstige mate verhinderen of in gevaar brengen’, waarvan volgens dezelfde bepaling onder meer sprake was indien de surséance van betaling of het faillissement van de huurder werd aangevraagd. Aan zo’n ontbinding werd de verplichting gekoppeld om bij wijze van schadevergoeding een bedrag te betalen ter hoogte van alle resterende huurtermijnen die bij een normale uitvoering van de overeenkomst zouden zijn verschenen. Toen aan de huurder surséance van betaling was verleend, had die huurder geen achterstand in de betaling van de huurpenningen; zij had vooruitbetaald. Niettemin riep de verhuurder haar ontbindingsrecht in, sprak zij een gestelde bankgarantie aan voor de aan de ontbinding gekoppelde schadevergoeding en diende zij het restant van haar vordering in in het later uitgesproken faillissement van de huurder.

Ook hier is een geval waar schadevergoeding niet ‘enkel en alleen’ aan het faillissement is gekoppeld. Maar naar mijn idee is het zaak ‘door de letters van het contract heen te lezen’. Het beding oogt als een regeling voor wanprestatie, maar functioneert veeleer als een wilsrecht van de verhuurder om in geval van faillissement een vordering op de schuldenaar in het leven te roepen. Het recht bestaat immers los van enig tekortschieten van de huurder. Is het gerechtvaardigd dat de verhuurder op deze wijze na de faillietverklaring een greep in de kas van de huurder kan doen? Is de omstandigheid dat een boete ook wordt verbeurd indien de huurder wél tekortschiet voldoende om die handelwijze te rechtvaardigen?

In ieder geval zou ik menen dat de aldus gecreëerde vordering niet vatbaar moet zijn voor verificatie. Zij ontstaat immers na de faillietverklaring, heeft goed beschouwd geen schadevergoedingskarakter en valt daarmee niet onder het bereik van art. 37a Fw. Ook in deze gevallen meen ik dat de verruiming van de mogelijkheid tot verificatie uit *Koot Beheer vs. Tideman q.q.* zich niet tot dit soort gevallen dient uit te strekken.

Tot slot

In april is de kaart van insolventieland door de Hoge Raad hertekend. Het nieuwe beeld is positief. De ballast van het ‘toedoenbeginsel’ oude stijl is afgeworpen, het instrumentarium van de curator verrijkt met een wapen dat kan worden ingezet op het punt waar de faillissementspauliana tekortschiet.⁴³ Niettemin behoeven beide arresten nadere uitwerking. In het geval van *Koot Beheer vs. Tideman q.q.* verdient het criterium voor faillissementsschulden nuancering, terwijl er bij *Megapool* een schepje bovenop mag bij het beroep op nietigheid of strijd met de redelijkheid en billijkheid bij clausules die vermogensrechtelijk nadeel koppelen aan het faillissement van de wederpartij. ●

31. Van der Feltz I, p. 409.

32. HR 29 december 1933, NJ 1934/343 (*Fijn van Draat q.q.*).

33. MvT, Van der Feltz II, p. 126.

34. HR 31 december 1909, W. 8957 (*Op den Ende vs. De Haan Hugenholtz q.q.*). Zie ook W.L.P.A. Molengraaff-C.W. Star Busmann, *De Faillissementswet verklaard*, 4e druk, 1951, p. 188.

35. Zie mijn proefschrift, *De faillissement-scurator*, 1998, p. 43-46 en p. 63-65.

36. Zie J.M. Hummelen, Met lege handen? Verborgene bodemverontreiniging en faillissement, *NTBR* 2012/35.

37. Zie T.T. van Zanten, a.w., p. 212-213, W.J.M. van Andel en T.T. van Zanten, t.a.p., *Tvl* 2013/26, § 4 en F.M.J. Verstijlen, t.a.p., *Preadvies*, p. 108-109. Zie in andere zin R.J.

van Galen, t.a.p., *WPNR* 6225 (1996), p. 395, G.A.J. Boekraad, a.w., diss., p. 64-66 en J.J. van Hees, *Leasing*, diss. 1997, p. 166.

38. Zie W.J.M. van Andel en T.T. van Zanten, t.a.p., *Tvl* 2013/26, § 4, alsmede mijn voornoemde preadvies, t.a.p., p. 142-144.

39. Zie G.A.J. Boekraad in zijn noot onder *Koot Beheer vs. Tideman q.q.* in *JOR* 2013/224 met een nuancering op het

gestelde in zijn reeds aangehaalde proefschrift, p. 52.

40. Zie HR 22 december 2009, NJ 2010/273 (*Van Dooren vs. ABN AMRO III*).

41. Zie F.M.J. Verstijlen, t.a.p., *Preadvies*, p. 136-140, met verwijzing naar Franse en Duitse rechtspraak.

42. HR 13 mei 2005, NJ 2005/406.

43. Zie noot 40.